

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCELA MARTINS DOS PASSOS

SOLO CRIADO: ASPECTOS POLÊMICOS

CURITIBA
2011

MARCELA MARTINS DOS PASSOS

SOLO CRIADO: ASPECTOS POLÊMICOS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Ângela CÁSSIA Costaldello.

CURITIBA
2011

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a análise do instituto do solo criado na ordenação do espaço urbano, suas limitações e formas de obtenção do direito de criá-lo – se por outorga do poder público ou obtenção de potencial inutilizado de outros particulares. Para tanto, parte-se de um breve histórico da propriedade privada, tendo a Revolução Francesa como marco inicial, para que se compreenda o entendimento atual de sua função social e sua distinção do direito de construir. A partir de então se analisará o instituto do solo criado, que se caracteriza pela construção acima do limite único estabelecido pelo Poder Público, e a outorga onerosa do direito de construir e transferência de potencial construtivo, que são as formas de obter o direito de criar solo, tudo através da análise da doutrina e da legislação brasileira a respeito. Após, analisar-se-á a utilização dos referidos institutos pelo Município de Curitiba na Lei 13.620/2010.

Palavras chave: Direito de construir. Ordenação do espaço urbano. Solo Criado. Outorga onerosa do direito de construir. Transferência de potencial construtivo. Direito urbanístico.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	7
2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	7
2.2 A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA NO BRASIL.....	13
3. SOLO CRIADO	19
3.1 CONCEITO.....	19
3.2 SOLO CRIADO E DIREITO DE CONSTRUIR.....	22
3.3 AS FORMAS DE OBTENÇÃO DO DIREITO DE CRIAR SOLO.....	30
3.3.1 A outorga onerosa do direito de construir	30
3.3.2 A transferência do direito de construir.....	35
4. ANÁLISE DA LEI MUNICIPAL 13.620/2010.....	39
5. CONCLUSÕES	45
6. REFERÊNCIAS.....	47

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo específico analisar o instituto jurídico do solo criado e seus aspectos polêmicos. A conformação que recebeu em nosso ordenamento jurídico será analisada em face de sua direta ligação com o direito de propriedade, sua função social e suas limitações.

Dessa forma, para uma melhor compreensão do tema, será feito um breve retrospecto histórico da propriedade privada, com um recorte inicial na propriedade moderna em sua faceta liberal. Serão explicitadas, a partir de então, as modificações na compreensão pela qual passou o conceito jurídico de propriedade no correr do tempo, dando principal atenção ao advento do Estado Social de Direito e à função social.

Traçados tais pressupostos se estudará o instituto urbanístico do solo criado, que diz respeito à limitação ao direito de construir. A divergência doutrinária central para o entendimento do instituto é quanto à separação ou não deste do direito de propriedade. A vertente tradicionalista entende uma ligação umbilical entre os dois na propriedade urbana, sendo que a distinção entre eles geraria um esvaziamento desta. Em sentido diametralmente oposto estão aqueles que defendem a completa distinção entre os dois, sendo o direito de construir de titularidade da coletividade. Uma terceira vertente apresenta uma visão intermediária, de que haveria um direito subjetivo de construir inerente à propriedade até um limite imposto pelo Poder Público e para edificar mais seria preciso de autorização expressa dele. O solo criado seria, portanto, a construção acima desse limite.

Delimitado o conceito de solo criado e sua extensão, passar-se-á à análise dos modos de aquisição do direito de construir acima do limite estabelecido pela Administração Pública. Ela pode dar-se tanto diretamente da Administração, através da outorga onerosa, quanto pelo trânsito jurídico entre particulares, através da transferência de potencial construtivo.

De posse do arcabouço teórico construído nas primeiras etapas da pesquisa, poder-se-á constatar qual o papel reservado ao instituto do solo criado na ordenação do espaço urbano, em especial por se tratar de um bem patrimonial escasso.

Por fim, analisar-se-á criticamente a Lei nº 13.620/2010 do Município de Curitiba, aplicando os conceitos até então trabalhados no presente estudo.

Referida lei instituiu potencial construtivo relativo ao Estádio Joaquim Américo Guimarães, com a finalidade de financiar dois terços das obras necessárias para sua conclusão, unicamente com o objetivo de viabilizar a participação do Município como uma das cidades-sede da Copa do Mundo de Futebol organizada pela FIFA no ano de 2014. Verificar-se-á, concretamente, portanto, se o Poder Público obedeceu às diretrizes gerais relacionadas ao instituto do solo criado, identificando concretamente a importância do objeto do presente estudo.

2. BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Antes de adentrar na análise do objeto central do presente estudo, mostra-se prudente fazer um breve retrospecto histórico acerca das compreensões da propriedade, uma vez que a construção do instituto jurídico do solo criado está diretamente ligada aos debates sobre extensão e conteúdo dela.

Pode-se falar em um direito de propriedade desde a Antiguidade, no Direito Romano, porém, ela foi tratada de formas diferentes em cada época, sendo mais lembrado seu aspecto absoluto (esse aspecto é geralmente destacado para se fazer uma ligação com a propriedade moderna, para que se dê legitimidade a esta¹). Posteriormente, durante a Idade Média, no período feudal, havia uma diversidade das formas de pertencimento, aceitando-se que mais de uma pessoa tivesse domínio sobre um mesmo bem, ou seja, não era um direito individual absoluto. Também não havia um poder estatal forte, vez que havia um sistema interpessoal de dependência. Com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é que podemos falar de propriedade nos moldes de hoje, como um direito e garantia individual absoluto.

Não pretendendo fazer um estudo da origem do direito de propriedade e para não correr o risco de incorrer em anacronismos, faremos aqui um retrospecto do tratamento do direito de propriedade a partir do Estado Liberal até a sua concepção atual.

A Revolução Francesa dá um sentido individualista à propriedade, resgatando sua forma absoluta existente no Direito Romano, mas com contornos e justificativas distintos – pode-se dizer, inclusive, que foi dada a interpretação mais conveniente ao tratamento dado ao tema pelos romanos². A proteção à propriedade privada se encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e sua positivação se mostra em especial no artigo 544 do Código Civil Francês, de 1804,

¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 100

² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 102

elaborado sob o regime de Napoleão Bonaparte, que diz: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue*”³.

Nesse cenário, a única restrição ao direito de propriedade era não fazer o que era contrário à lei. É a definição de liberdade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, constante em seu artigo 4º:

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Por ser, à época, o direito de propriedade entendido como um direito natural e individual – conforme expressamente previsto no dispositivo transcrito acima –, sua limitação se dava onde se iniciava o direito de propriedade do próximo. Ou seja, era um direito cujas características eram a exclusividade, perpetuidade e pouca limitação.

Porém, esse modo absoluto de propriedade, em que o proprietário pode fazer o que bem lhe aprouver, obedecendo apenas o princípio da legalidade e podendo ser privado dela apenas nos casos de desapropriação por interesse público (mediante indenização prévia e em dinheiro), vai aos poucos se mostrando extremamente injusto.

A Igreja Católica, para justificar o direito de propriedade, através de várias encíclicas, faz uma ligação entre este e a liberdade, afirmando que naqueles regimes políticos em que não se reconhece o direito de propriedade sobre os bens produtivos as expressões fundamentais de liberdade são oprimidas ou sufocadas⁴. As encíclicas também afirmam o direito proprietário como um direito natural, que

[...] encontra sua principal fonte e seu alimento perpétuo na fecundidade do trabalho; que constitui um meio apropriado para a afirmação da pessoa humana e para o exercício da responsabilidade em todos os campos; e que é elemento de estabilidade serena para a família e de pacífico e ordenado progresso na convivência social.⁵

³ “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta.”

⁴ Papa João XXIII. **Encíclica *Mater et Magistra***. Vaticano, 15 de maio de 1961. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>

⁵ Papa João XXIII. **Encíclica *Mater et Magistra***. Vaticano, 15 de maio de 1961. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>

Porém, a Doutrina Social da Igreja afirma uma função social, uma “hipoteca social” no direito de propriedade, sendo que este não poderia ser exercido apenas em benefício do proprietário como também em benefício da sociedade⁶. Afirmam que “os bens da terra são primordialmente destinados à subsistência digna de todos os seres humanos”.⁷ É uma tentativa de humanizar o direito de propriedade individual e absoluto.

Começam a surgir, então, alguns limites ao direito de propriedade, entendido pelo Estado Liberal Burguês como absoluto. Inicia-se um processo de “evolução” para chegarmos ao que hoje entendemos como função social da propriedade.

DUGUIT passa a criticar o sistema estabelecido pelo Código de Napoleão e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirmando de que se deve pautar em regras sociais, não devendo ser o direito de propriedade um direito subjetivo, mas uma função social. O exercício do direito de propriedade estaria, portanto, subordinado a certas regras que, caso fossem descumpridas, gerariam uma intervenção do Poder Público. Esse posicionamento foi fortemente criticado pelos juristas liberais, que não admitiam um “aniquilamento” do direito de propriedade.⁸

Para Fernanda Lousada CARDOSO, o esboço da função social começa a surgir com os socialistas utópicos, com a tentativa de sua colocação em prática na União Soviética.⁹

Porém, após a 1ª Guerra Mundial há uma alteração na ordem social, com o surgimento de uma massa não proprietária insatisfeita com os postulados do Estado Liberal. Conforme apontado por Eroulths CORTIANO JUNIOR, a imagem da igualdade formal passa a se desmanchar perante a real desigualdade material. A separação entre o Estado e a sociedade dá lugar, então, a um novo modelo: o Estado Social. Conclui o professor:

O Direito volta-se para recuperar aos excluídos o sentido do viver social, e tem relevância a função que desempenha no mundo jurídico e econômico

⁶ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade Urbana Obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

⁷ Papa João XXIII. **Encíclica Mater et Magistra**. Vaticano, 15 de maio de 1961. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>

⁸ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade Urbana Obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29.

⁹ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade Urbana Obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

aquele instituto – a propriedade – que era a cidadela do direito privado liberal. Se antes a função social da propriedade era exercida à medida que refletia a autonomia e liberdade humanas, impõe-se agora compreender sua função em face dos desprivilegiados, dos não proprietários, daqueles cuja autonomia e liberdade inexistiam por não serem proprietários.¹⁰

A propriedade se mostra como um reflexo dos desejos de satisfação material do homem, estando sujeita às alterações necessárias para que sempre se adeque aos novos laços sociais. Assim, a elaboração de uma norma jurídica mais eficaz para a adequação do direito de propriedade leva em conta os meios de produção, a interação social, os litígios decorrentes do aspecto individualista da propriedade, entre outros.¹¹

O marco dessas inovações se encontra na Constituição de Weimar, de 1919, e também na Constituição Mexicana, de 1917. No que concerne ao direito de propriedade, a carta alemã traz o enunciado “a propriedade obriga”. A partir daí surge a figura da função social da propriedade.

Hoje, a concepção de que a propriedade não é mais um direito absoluto, devendo cumprir os requisitos impostos pelo Poder Público – tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional – é amplamente aceita pela doutrina. Nesse sentido, Fernando Alves CORREIA afirma:

É, de facto, hoje vulgarmente aceite pela doutrina jurídica comparada que o direito de propriedade está subordinado a um *limite inerente* à sua estrutura, designado por *função social* ou ainda, na terminologia germânica, por *vinculação* ou *obrigação social*. Podemos afirmar que a propriedade como direito constitucional serve duas funções diferentes e até opostas: uma *função pessoal* e *privada*, assegurando uma zona de liberdade para o indivíduo na esfera da actividade económica; e uma *função social* e *pública*, no âmbito da qual, muito embora a propriedade seja individual e confira ao proprietário uma considerável discricionariedade no que respeita ao seu uso, ela é ordenada ao bem comum da sociedade que a reconhece.¹²

Conforme apontado por Eros Roberto GRAU, o princípio da função social da sociedade “passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo a determinar – repita-se – profundas alterações estruturais na sua interioridade. Por

¹⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 141

¹¹ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. “*Dos Instrumentos da Política Urbana*.” In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (coord.). **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

¹² CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 810. No que concerne às duas “funções” apontadas, o autor o faz balizado por BRITO, Miguel Nogueira de. **A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007.

isso que, embora sem autorizar a supressão da propriedade privada, transforma-a em um dever”.¹³

Apesar de uníssono o entendimento de que existe uma função social e que o direito de propriedade não é absoluto e deve estar vinculado a ela, o entendimento do papel que cumpre a função social não é pacífico.

Luiz Edson FACHIN, na década de 1980, afirmava que havia um conjunto de limitações formais ao direito de propriedade, sendo que essas formam o conteúdo da função social.¹⁴ Atualmente, apesar de entender que a função social não é apenas um conjunto de limitações, mas algo inerente ao direito de propriedade, afirma que a doutrina da função social não altera a essência da propriedade tradicionalmente entendida, mas quanto a uma “parcela da propriedade, que é a sua utilização”. Nesse ponto, destaca-se:

A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável.¹⁵

Para o professor, o regime jurídico atual da propriedade imobiliária ainda não superou os debates dos séculos XVII e XVIII. A previsão de que a propriedade deve cumprir sua função social mostra um grande avanço formal do texto constitucional, possui plena eficácia jurídica, porém a realidade mostra que ela é incapaz de garantir o acesso legítimo e democrático à terra. As alterações sociais que podem existir a partir da função social da propriedade se mostram como “um eco feito silêncio, promessa de uma modernidade a realizar-se”.¹⁶

Eroulths CORTIANO JÚNIOR entende que a função social *redireciona* o direito de propriedade, não sendo apenas limite, vez que “limitações atingem o exercício. Função social afeta a própria substância do direito proprietário”.¹⁷

Nesse ponto, destaca-se o apontado acerca do conteúdo da função social:

¹³ GRAU, Eros Roberto. “*Solo Criado*.” In: Revista de Direito Imobiliário. Vol. 51, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.25.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 17.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 19.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. “*Homens e Mulheres do Chão Levantados*.” In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹⁷ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 142.

Pode-se argumentar que a função social da propriedade é uma fórmula vaga – e o conteúdo da função social é também uma das grandes discussões contemporâneas – por traduzir um princípio geral, e não arrolar uma série de comportamentos proprietários obrigatórios, o que manteria o problema trazido pelo modelo proprietário individualístico-liberal. E de fato a função social não pode ser entendida de modo unívoco, já que a utilidade social de certos comportamentos e situações não pode ser medida ou colocada *a priori*, exigindo uma constante reconstrução por parte do aplicador.¹⁸

Por fim, o autor conclui que a “não há propriedade sem função social”.¹⁹

Carolina Caraíba Nazareth ALVES e Leandro Franklin GOSDORF afirmam que grande parte da doutrina ainda aponta a função social como o conjunto de limitações administrativas ao direito de propriedade, sendo essa visão conservadora. Para eles, se o proprietário não cumpre a função social tal qual prevista no ordenamento (no caso da propriedade urbana, tal qual previsto no plano diretor), não há direito à propriedade.²⁰

Eugênio FACCHINI NETO aponta que a propriedade é um direito subjetivo, mas não absoluto, devendo atender a outros interesses que não apenas o de seu titular. Para ele “essa concepção, segundo a qual a propriedade não mais seria um direito, mas sim uma função, jamais fez escola”.²¹

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO aponta que a propriedade deve cumprir uma função social, não sendo esta em si uma função social. Isso se dá porque há proteção da propriedade mesmo quando esta não cumpre aquela.²²

Conforme se abordará adiante, ao analisar os dispositivos constitucionais acerca do tema, há certa proteção à propriedade mesmo quando ela não cumpre a função social, nos moldes apontados por BANDEIRA DE MELLO. Nos casos de desapropriação de propriedade que não cumpre a função social há previsão de

¹⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 147.

¹⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 184.

²⁰ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; GOSDORF, Leandro Franklin. “A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores: uma leitura da Região Metropolitana de Curitiba.” In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; FACHIN, Luiz Edson; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; NALIN, Paulo. (coord.) **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo II: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 245/250.

²¹ FACCHINI NETO, Eugênio. “A Função Social do Direito Privado.” In: TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “Novos aspectos da Função Social da Propriedade.” In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 84, out/dez 1987.

indenização – mesmo que em títulos especiais da dívida pública, resgatáveis em 20 anos. Ela seria, portanto, *menos protegida*.

O autor ainda afirma, ao tratar do conteúdo da função social, que ela consiste, em um primeiro momento, em que se dê a devida destinação econômica ao bem. Mas não pode ser entendida apenas nesse sentido. Há inserido nela também a ideia de justiça social. A propriedade deve ser utilizada para diminuir o desequilíbrio existente na sociedade.²³

José Afonso da SILVA afirma que a função social é diferente dos sistemas de limitação, pois aquela não diz respeito ao exercício, mas à estrutura do direito de propriedade. Ela se manifesta como elemento de qualificação na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Porém, como modifica a natureza da propriedade privada, mas mantém sua existência, deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico.²⁴

A função social da propriedade significa, então, uma ruptura com o discurso proprietário tradicional, vez que vincula o proprietário a garantir os valores entendidos como mais relevantes pela sociedade. Porém, o conteúdo da função social não está muito bem especificado. O legislador procura, conforme veremos no próximo tópico, delimitá-lo, mas não o faz em dispositivos *numerus clausus*, e sim de forma a guiar o intérprete nos conflitos de interesse.

Dessa forma, não concordamos com o entendimento de que a função social seria um conjunto de restrições e sim de que ela faz parte da essência do direito de propriedade. Porém, como a positivação não tem o condão de alterar a sociedade, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que se alcance a igualdade material através da função social da propriedade.

2.2 A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA NO BRASIL

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “*Novos aspectos da Função Social da Propriedade*.” In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 84, out/dez 1987.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 282/284.

Delimitadas – ao menos superficialmente – as questões acerca da propriedade e sua função social, analisaremos agora o tratamento dado por cada carta constitucional brasileira ao direito proprietário.

No Brasil, a Constituição Imperial, de 1824, como não poderia deixar de ser, reconhece o direito de propriedade como absoluto.²⁵

A Constituição Republicana de 1891 também a trata como direito absoluto, sendo possível sua privação apenas nos casos de desapropriação por interesse público.²⁶

As duas primeiras constituições, portanto, seguem a linha tradicional, garantindo o direito de propriedade como direito fundamental individual e absoluto de cada cidadão.

A Constituição de 1934, que possui reconhecida influência da Constituição de Weimar, é a primeira a prever que o exercício do direito de propriedade não pode ser contrário ao interesse social ou coletivo e que tais limites seriam decorrentes de lei.²⁷ Tratou, entretanto, sem eficácia, do interesse social e coletivo incidente sobre a propriedade privada.²⁸

Sua sucessora, a Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca, que foi outorgada, sendo claramente autoritária desde sua origem, reduziu direitos e garantias individuais, inclusive a tentativa de vinculação do direito de

²⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte

(...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

²⁶ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

²⁷ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

²⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 178

propriedade ao interesse social feita pela Carta de 1934.²⁹ Indica apenas limitação que seria definida em lei e nada fala acerca da função social.

A Constituição de 1946 garante o direito de propriedade à semelhança da Constituição de 1937.³⁰ Porém, no título da ordem econômica e social insere o enunciado de que o uso da propriedade está condicionado ao bem-estar social.³¹ Ainda, a desapropriação por interesse social (Lei 4.432/1962) surgiu sob sua égide, assim como o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), que trouxe os contornos para a reforma agrária no Brasil. Porém, não foram suficientes para garantir uma melhor distribuição da propriedade, sendo que os fatores políticos da época, em especial das décadas seguintes, obstaculizaram sua operacionalização.

A Constituição de 1967 segue a mesma fórmula da anterior³², mas fala expressamente na função social da propriedade. Essa concepção foi mantida pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969.³³ A previsão constitucional, entretanto, não significa sua efetiva aplicação.

²⁹ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

³⁰ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

³¹ Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

³² No capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais”:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

E no título “Da Ordem Econômica e Social”:

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

³³ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

Na atual Carta Constitucional, a função social ganha novos contornos, tanto quando trata dos direitos e garantias individuais, no art. 5º ³⁴, quanto quando aborda a ordem econômica e social, no art. 170 ³⁵.

A Constituição de 1988 trouxe novos direitos e garantias individuais, assim como deveres, e uma nova roupagem aos antes previstos, entre eles o direito de propriedade. Como apontado, os textos constitucionais anteriores que previam o condicionamento da propriedade ao bem estar social ou expressamente à função social apenas o faziam no título referente à ordem econômica e social. O atual texto vincula a propriedade à sua função social como garantia fundamental.

Também demonstra essa alteração na importância dos direitos e garantias o fato de que, ao contrário das constituições anteriores em que os direitos e garantias individuais eram regulados após todas as questões relativas à organização do Estado, a atual inverte essa ordem, demonstrando sua maior importância. Além disso, transformou-os em cláusulas pétreas, apenas podendo ser alteradas para menos pelo exercício do Poder Constituinte Originário.

Em mais uma prova de avanço em relação aos textos anteriores, a própria Constituição aponta os contornos do que é cumprir a função social. O artigo 182 ³⁶,

III - função social da propriedade;

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

(...)

³⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

³⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

por exemplo, que regula da propriedade urbana e o artigo 186³⁷, que dispõe acerca da função social da propriedade rural. Obviamente tais “requisitos” (cumprimento das exigências expressas no plano diretor, no caso da propriedade urbana, ou aproveitamento racional, utilização adequada dos recursos naturais, preservação do meio ambiente, observação das leis que regulam as relações de trabalho, exploração que favoreça o bem estar de proprietários e trabalhadores, no caso da propriedade rural) não se limitam ao texto constitucional, podendo o legislador apontar outros, que se somam a estes.

A Constituição também prevê “sanções” para os casos de a propriedade não cumprir sua função social, como o artigo 184³⁸, que prevê a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante indenização prévia em títulos da dívida agrária, resgatáveis em 20 anos. Quando a desapropriação por interesse social ocorre sem o “descumprimento” da função social, a indenização é prévia e em dinheiro³⁹. Porém, lendo o dispositivo por outra ótica, conforme já apontado no tópico anterior, o dispositivo demonstra que há tutela ao direito proprietário mesmo quando se descumpre a função social. Porém, o tratamento diferenciado, e visivelmente *menos compensatório* já demonstra grande avanço constitucional.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

³⁷ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

³⁸ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

³⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Como se vê, há uma definição da função social para a propriedade rural e outra para a propriedade urbana, vez que essas cumprem papéis sociais distintos. Não adentraremos nas definições da lei acerca do que é uma e outra, vez que ao presente trabalho apenas interessa a propriedade urbana. Para tanto, utilizaremos a conclusão de José Afonso da SILVA:

Temos para nós que seria suficiente classifica-lo [*o solo urbano*] em: (a) solo destinado a *sistema viário*; (b) solo destinado às *edificações* (privadas: residenciais, indústria e comércio; e públicas); (c) solo destinado às *atividades de recreação* (áreas verdes, jardins, parques, praça de esporte etc.).⁴⁰

O direito de propriedade urbana assegurado pela Constituição é condicionado pelo princípio da função social. Há limites de extensão de uso e disposição, que devem ser definidos por cada município, em seu plano diretor, de acordo com o interesse social – que é o que irá delimitar quando se cumpre ou não a função social. Há, portanto, um limite máximo de aproveitamento do solo urbano. Porém, deve sempre haver um direito mínimo de disposição, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo.⁴¹ Tais limites serão examinados no próximo capítulo.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 176

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. “*Solo Criado*.” In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 51, jul. 2001.

3. SOLO CRIADO

3.1 CONCEITO

A noção de solo criado surgiu a partir da observação da capacidade técnica de criação artificial de área horizontal, sobre ou sob o solo natural – áreas adicionais não apoiadas diretamente sobre o solo natural, com utilização do espaço aéreo ou não. Ressalta-se que a utilização de espaço aéreo, por si só, não se confunde com solo criado, conforme apontado por Eros Roberto GRAU, vez que quando se constrói, por exemplo, uma torre de grande altura, sem pavimentos intermediários, não há criação de solo, enquanto a construção pisos subterrâneos cria solo sem ocupar o espaço aéreo.⁴²

Essa evolução das técnicas de engenharia civil, possibilitando a construção de prédios cada vez mais altos, somado à migração em massa da população do campo para a cidade, gerou um inchaço populacional, com o crescimento desordenado do território urbano. Para que seja possível uma ordenação do espaço urbano, com a inclusão social de todos nele inseridos, é necessário que os municípios controlem onde se deve incentivar ou não o adensamento populacional e em que áreas há maior necessidade de implementação de estrutura pública (saneamento, energia elétrica, sistema viário, transporte público, áreas livres, escolas, hospitais e etc.).

Para controlar o adensamento populacional, incentivando seu incremento em áreas onde há suporte estrutural e restringindo onde os equipamentos urbanos encontram-se sobrecarregados, surgem as restrições ao direito de construir, que devem estar previstas na lei de zoneamento de cada município, conforme a previsão constitucional e a lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Os principais institutos para implementação dessas restrições são a taxa de ocupação e o coeficiente de aproveitamento⁴³, que podem ser chamados de índice de ocupação e índice de

⁴² GRAU, Eros Roberto. “Solo Criado.” In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 51, jul. 2001, p. 21.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. “Solo Criado.” In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 51, jul. 2001, p. 20.

utilização, respectivamente, e se prestam para distribuição eqüitativa e funcional das densidades edilícia e populacional.⁴⁴

A taxa de ocupação estabelece os limites de ocupação do terreno – refere-se à projeção horizontal do espaço que a construção ocupará. Uma taxa de ocupação de 0,5 significa que a construção poderá cobrir 50% do terreno, sendo o maior índice possível de 1, que indica que a construção pode alcançar toda a sua superfície.⁴⁵

Por sua vez, o coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área total da construção e a área do terreno. Por exemplo, em uma área com 300m² e coeficiente de aproveitamento do solo 2 poderá ser construído um prédio com área máxima de 600m².⁴⁶

Pode-se afirmar, portanto, que a taxa de ocupação tem mais relação com o direito de vizinhança, vez que regula, a disposição dos edifícios no solo urbano, enquanto o coeficiente de aproveitamento regula a densidade das edificações, com o controle do adensamento populacional.

Para o instituto do solo criado importa o coeficiente de aproveitamento.

Cabe ao Poder Público, então, determinar qual o coeficiente de aproveitamento do solo para cada zona da cidade. O plano diretor prevê (ou se espera que ele preveja) “funções” diversas para cada área do solo urbano, sendo lógico que se fixem coeficientes variáveis para os vários terrenos edificáveis, de acordo com sua finalidade – moradia, indústria ou comércio. Porém, essa situação gera uma desigualdade entre os proprietários, vez que os terrenos com um coeficiente de aproveitamento maior serão mais valorizados em relação aos com um coeficiente menor.

Dessa forma, tem-se por bem a fixação de um coeficiente único de aproveitamento, mantendo-se a faculdade de edificação além dele em determinadas áreas da cidade, mediante autorização do Poder Público.

Considera-se, então, juridicamente, solo criado não a área construída sem apoio no solo natural, mas o que é edificado além desse coeficiente único.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 250.

⁴⁵ SOUZA, Junia Verna Ferreira de. “Solo Criado: um caminho para minorar os problemas urbanos.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (coord.) **Temas de Direito Urbanístico 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 161

⁴⁶ SOUZA, Junia Verna Ferreira de. “Solo Criado: um caminho para minorar os problemas urbanos.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (coord.) **Temas de Direito Urbanístico 2**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 161

Mas, a quem cabe estabelecer esse coeficiente? Pelo princípio da igualdade e por ser uma questão atinente ao direito de propriedade, logo direito civil, não deveria lei federal estabelecer um limite para todo o território nacional? Ou seria uma questão de interesse local, logo competência legislativa municipal?

O Estatuto da Cidade – Lei Federal – possibilita o estabelecimento dessa limitação⁴⁷ e o controle do adensamento é questão de interesse local. Então, cabe a cada município, em seu plano diretor, estabelecer o coeficiente único e também em quais áreas poderá ser exercido o direito de construir acima dele.

Sobre a efetividade desses limites definidos por cada Município e as restrições ao direito de construir, Junia Verna Ferreira de SOUZA afirma:

Fortemente impregnada de mentalidade privatística, ancorada nas grandes coordenadas e valores tradicionais do Direito Romano sobre propriedade, nossa legislação quase nada avançou nessa área, limitando-se a leis de zoneamento, como único instrumental de controle do crescimento vertical e cujos parâmetros, não raro, antes que a uma racional e planejada ocupação do solo urbano, sujeitam-se a pressões econômicas e políticas, ao sabor de interesses meramente especulativos.⁴⁸

A lei de zoneamento, portanto, pode permitir que em determinadas áreas se construa além desse coeficiente, mas apenas mediante a obtenção de licença do Poder Público, para que se compense o adensamento daquela região, ou pela compra desse “potencial construtivo” de outro particular, o que é expressamente previsto, respectivamente, nos artigos 30⁴⁹ e 35⁵⁰ do Estatuto da Cidade.

⁴⁷ Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

⁴⁸ SOUZA, Junia Verna Ferreira de. *“Solo Criado: um caminho para minorar os problemas urbanos.”* In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (coord.) *Temas de Direito Urbanístico 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 146

⁴⁹ Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a contrapartida do beneficiário.

⁵⁰ Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

Há, porém, um defeito do texto legal. O §2º do artigo 28 prevê que pode ser fixado um coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou coeficientes diferenciados para áreas específicas. Essa faculdade, se utilizada, fere o princípio da isonomia, vez que possibilita o tratamento desigual dos proprietários e também conversão do instituto do solo criado em uma modalidade de zoneamento.⁵¹

Entendemos que a fixação de coeficientes diferenciados em áreas específicas deve ser feita com parcimônia pelo Poder Público. Sua utilização pode ser benéfica caso se preveja, por exemplo, que ele será menor em áreas de interesse de preservação ambiental ou paisagística. Mas ela demonstrará um esvaziamento do seu viés igualitário e ordenador do espaço urbano se for utilizada para outros fins, cedendo a pressões econômicas e políticas.

3.2 SOLO CRIADO E DIREITO DE CONSTRUIR

O instituto do solo criado tem como pressuposto um coeficiente básico de aproveitamento do solo. Porém, até se chegar à restrição ao direito de propriedade através desse índice, houve quem defendesse que o direito de propriedade e de construir eram distintos, sendo aquele do particular e este da coletividade. Dessa forma, o proprietário só poderia construir – qualquer coisa que fosse – se obtivesse a autorização do Poder Público. Conforme nos aponta Eros Roberto GRAU, a própria instituição do solo criado, para alguns, suporia essa separação total entre direito de propriedade e direito de construir.⁵²

I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

§ 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput.

§ 2º A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

⁵¹MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 240/241.

⁵² GRAU, Eros Roberto. “*Solo Criado*.” In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 51, jul. 2001. p. 22.

Inicialmente, faremos uma exposição acerca do tratamento do tema no direito italiano e francês, assim como a experiência de Chicago acerca da restrição ao direito de construir e a utilização do instituto do solo criado.

Na Itália, a Lei 10, de 28.01.1977 diferencia o direito de propriedade do direito de construir. O proprietário apenas pode edificar – o que quer que seja – com autorização expressa da Administração Pública. À época, houve o entendimento de que haveria um esvaziamento do direito de propriedade, em especial seu conteúdo econômico. Essa interpretação caiu por terra depois de proferida a sentença 5/1980 pela Corte Constitucional Italiana, que entendeu que o direito de construir continua a ser inerente à propriedade, ainda que sujeito e condicionado a limites estabelecidos pelos instrumentos urbanísticos, não sendo a nova limitação diferente da antiga licença que o proprietário precisava obter para construir.⁵³

Na França, a Lei 75-1.328, de 31.12.1975 estabeleceu o *plafond legal de densité*⁵⁴, que era de 1,0 para todo o território nacional, com exceção de Paris, onde o teto era 1,5. Toda construção acima desse índice de utilização necessitava de autorização do Poder Público, com o pagamento pelo proprietário de soma igual ao valor do terreno. O regime foi sendo flexibilizado, tendo inicialmente sido transferida para as Comunas a fixação dos limites, balizados por lei nacional. Atualmente há a descentralização total do instituto, com de inteira responsabilidade das Comunas, não havendo mais um limite de densidade único para todo o território francês.⁵⁵

Outro marco do direito comparado é a experiência do “Plano de Chicago”, nos Estados Unidos da América, chamado de *Space Adrift*⁵⁶, em que se prevê a possibilidade de transferência do direito de construir com a finalidade de preservação do patrimônio histórico. Aqueles proprietários cujos imóveis forem definidos como de interesse histórico podem alienar o direito de construir, permitindo acrescer áreas construídas em outros imóveis em que não seria possível “criar solo” de outra maneira.⁵⁷

Adentrar-se-á nesse tema nos próximos tópicos, mas já se pode adiantar que a forma de obter o direito de construir tal qual definido pela lei francesa constitui

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 260/261.

⁵⁴ “Teto legal de densidade”.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259/260

⁵⁶ “Espaço Flutuante”.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 260

o que chamamos de outorga onerosa do direito de construir. Por sua vez, o “Plano de Chicago” se assemelha à nossa transferência do direito de construir, através da venda de potencial construtivo.

No Brasil, as discussões sobre essa possível distinção entre direito de construir e direito de propriedade e se poderia haver uma restrição ao primeiro, iniciaram em meados da década de 70.

Parte da doutrina, ainda muito arraigada ao conceito tradicional de direito de propriedade, afirmava que o direito de construir seria inerente aos atributos de fruição e gozo do bem, não podendo existir o instituto do solo criado, sob pena de esvaziamento do direito de propriedade.⁵⁸ Para eles, ao se aceitar que o direito de construir pertence à coletividade, retira-se o conteúdo econômico da propriedade por não ter o proprietário o direito a utilizar da forma que melhor lhe aprouver, não podendo dar a ela qualquer destinação sem a autorização do Poder Público.

No outro extremo estavam Eros GRAU, Antônio Carlos Cintra do AMARAL e Jorge Bartholomeu Carneiro da CUNHA, que defendiam que o direito de construir deveria ser obtido pelo particular perante o Poder Público, com regulação por lei federal. Essa concepção vai além do instituto do solo criado, vez que direito de propriedade e de construir estariam completamente dissociados, não havendo uma simples limitação a este.⁵⁹

Uma concepção intermediária é a de que o direito de construir inerente ao direito de propriedade está consubstanciado até o limite máximo de aproveitamento do solo previsto no plano diretor. Além desse coeficiente, o proprietário deveria obter uma outorga específica do Poder Público - onerosamente.⁶⁰

⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 225/227 – conforme destacado pelo autor, nesse sentido entendiam Seabra FAGUNDES e Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 261. – o autor destaca que tal posicionamento se concretizou após discussões em seminário interno da antiga GEGRA (Grupo Executivo da Grande São Paulo), no início de 1975. MARQUES NETO aponta que compartilhavam desse entendimento também Toshio MUKAI, Magnólia Lima GUERRA e Marco Aurélio GRECO. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. José Afonso da SILVA aponta que esse conceito foi elaborado em 1975, no CEPAM (Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal), transformado na Fundação Prefeito Faria Lima. Tais estudos culminaram na *Carta de Embu*.

Conclui José Afonso da SILVA que

[...] o direito de construir, no Brasil, é ainda uma decorrência do direito de propriedade do lote. É uma emanção deste. Mas é também certo que o direito de construir está condicionado, em primeiro lugar, pela qualificação urbanística do terreno, que dá a este natureza de solo edificável. (...) Em segundo lugar, ainda que deflúa do direito de propriedade do lote, o direito de construir não é absoluto. Quer dizer, não é porque se tem a propriedade do lote que se pode erguer sobre ele as construções que bem entender, sem qualquer condicionamento, pois há que se respeitar, além do direito de vizinhança, as restrições urbanísticas e outras estabelecidas em leis e regulamentos (CC, art. 1.299).⁶¹

Entendemos que essa última concepção é mais acertada. Não se corre o risco de esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade nem se entende que ela seja absoluta – este entendimento, inclusive, já foi rechaçado no retrospecto histórico feito acima. É plenamente razoável, portanto, o entendimento de que todo proprietário urbano tem o mesmo direito de construir dos demais, até o limite máximo do coeficiente básico de aproveitamento, devendo obter autorização específica, mediante pagamento, para construção adicional onde esta for permitida.

O Código Civil, em seu artigo 1.299, inclusive, dispõe que o direito de construir está condicionado aos direitos dos vizinhos do proprietário e aos regulamentos administrativos.⁶²

Conforme exposto por Ângela Cássia COSTALDELLO, por um viés lógico, o direito de construir é uma das faculdades inerentes ao direito de propriedade, em especial quando se trata da propriedade urbana. Porém, enquanto o proprietário do terreno possui interesse individual na edificação do solo, a Administração Pública tem o interesse voltado para a transformação do território urbano. São interesses que se contrapõem e demonstram aspectos estáticos e dinâmicos do direito de propriedade. O direito de construir, porém, deve manter-se atrelado à função social da propriedade, em especial pelo crescimento das concentrações urbanas.⁶³

O direito de construir deve manter-se atrelado à função social da propriedade para garantir a ordenação da cidade com a finalidade de que esta

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 248.

⁶² Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

⁶³ COSTALDELLO, Ângela Cássia. OLIVEIRA, Fernando Andrade de (Orient.) **O parcelamento e a edificação compulsórios como limitações a propriedade privada urbana imobiliária**. 1991. 221 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. p. 89/90.

também cumpra sua função social. Acerca da função social da cidade, escreveu Rosangela Marina LUFT:

No que diz respeito ao princípio da função social da cidade, não há uma *cultura jurídica* solidificada. As abordagens habituais da cidade e da urbanificação partem do âmbito patrimonial individual, enquanto esfera de direitos dotada de determinados limites que autorizam a ingerência do Estado em prol do interesse público.

(...)

A cidade, além de espaço, passa a ser concebida – nas ciências, na sociedade, no Direito – também como valor, como ambiente imprescindível ao desenvolvimento humano. A faceta axiológica foi sendo incluída e ampliada de maneira gradativa. Ela acompanhou mudanças ideológicas ocorridas na sociedade mundial e no ambiente brasileiro, a principiar por um caráter mais tecnicista até atingir níveis de consciência social e ambiental ativas. Este fato é corroborado pelas mudanças advindas nas Constituições brasileiras, a partir das quais houve o acréscimo e a solidificação de princípios e regras, muitos deles envolvendo aspectos atinentes à questão urbana. Desta gênese valorativa se subtraíram, portanto, fatores indispensáveis à qualificação do *princípio da função social da cidade* e do *direito à cidade* dele proveniente.⁶⁴

É preciso organizar o espaço urbano de modo que ele cumpra essa função social e se garanta que todos tenham acesso aos aparatos públicos de forma satisfatória. Uma das formas para se alcançar esse objetivo é a limitação do direito de construir.

O documento mais importante que aborda, de forma clara, a questão acerca da limitação ao direito de construir através do instituto solo criado é a *Carta de Embu*, que foi elaborada por juristas, arquitetos, urbanistas e economistas⁶⁵. Por ser seu texto simples e preciso, transcreve-se:

Considerando que, no território de uma cidade, certos locais são mais favoráveis à implantação de diferentes tipos de atividades urbanas;
Considerando que a competição por esses locais tende a elevar o preço dos terrenos e aumentar a densidade das áreas construídas;
Considerando que a moderna tecnologia da construção civil permite intensificar a utilização dos terrenos, multiplicando o número de pavimentos, pela ocupação do espaço aéreo ou do subsolo;
Considerando que esta intensificação sobrecarrega toda a infra-estrutura urbana, a saber, a capacidade das vias, das redes de água, esgoto e energia elétrica, bem assim a dos equipamentos sociais, tais como escolas, áreas verdes, etc.;

⁶⁴ LUFT, Rosangela Marina; COLSTALDELLO, Ângela Cássia (Orient.). **Políticas municipais de desenvolvimento urbano: premissas e condições para um planejamento factível**. 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/14427>>. Acesso em: 02 nov. 2011. p. 87/88

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 262.

Considerando que essa tecnologia vem ao encontro dos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e, por assim dizer, permite a criação de solo novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis não apoiadas diretamente sobre o solo natural;

Considerando que a legislação de uso do solo procura limitar esse adensamento, diferenciadamente, para cada zona, no interesse da comunidade.

Considerando que um dos efeitos colaterais dessa legislação é o de valorizar diferentemente os imóveis, em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça;

Considerando que o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social,

Admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao Poder Público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igualmente, o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação de solo adicional, e

Conclui-se que:

1. É constitucional a fixação, pelo Município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.

1.1 A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento.

1.2 Toda edificação acima do coeficiente único é considerado solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo.

2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao Poder Público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta dessas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

2.1 O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não-utilizável do direito de construir.

2.2 No caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.⁶⁶

No texto da Carta de Embu há uma clara visão compensatória e reparadora pela utilização do instituto do solo criado, inclusive prevendo que o proprietário que edificar acima do coeficiente único deverá entregar ao Município outro terreno com área igual à que será criada – objetivando o equilíbrio entre solo privado e solo público – e apenas quando não for possível essa entrega, a compensação se dará em dinheiro.

A forma de compensação através da entrega de outro terreno ao Município parece carecer de praticidade, por dois motivos. O primeiro é de que a edificação se

⁶⁶ *Solo Criado / Carta de Embu*. (diversos autores), CEPAM – Fundação Prefeito Faria Lima, 1977. Os signatários da Carta de Embu foram: Álvaro Villaça Azevedo, Antonio Cláudio Moreira Lima e Moreira, Celso Antonio Bandeira de Mello, Clementina De Ambrosis, Dalmo do Valle Nogueira Filho, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Eros Roberto Grau, Eurico de Andrade Azevedo, Fábio Fanucchi, Jorge Hori, José Afonso da Silva, Luiz Carlos Costa, Maria de Lourdes Cesarino Costa, Mário Pazzaglini Filho, Miguel Seabra Fagundes e Norberto Amorim.

der em um bairro ou zona e a área dada como compensação estiver em outro afastado do primeiro, não haverá uma compensação pelo adensamento naquela região. O segundo é que o terreno entregue ao Poder Público pode ter a mesma área, mas um valor venal muito abaixo do que o criado pelo particular, não havendo um ônus ao proprietário equivalente a seu bônus.

O proprietário, portanto, detém o direito subjetivo de construir até o limite do coeficiente único, salvo os casos em que o interesse público determine uma maior restrição. Para além desse índice, caso a lei de zoneamento permita, o direito de construir pode ser outorgado pelo Poder Público – onerosamente, como uma indenização pelo aumento do uso dos aparatos urbanos – ou obtido de outros particulares que tenham potencial inutilizado.

A exploração da propriedade urbana sempre depende da existência ou da implementação de infraestrutura pública. No outro lado, a destinação dada pelo proprietário gera externalidades que afetam toda a coletividade – sistema viário, transporte público, condições ambientais, habitabilidade, paisagismo, enfim, todo o meio ambiente urbano⁶⁷. A partir dessa ótica, parece-nos óbvio que deva haver uma contrapartida à coletividade pelo uso do solo urbano acima da sua capacidade natural.

José Afonso da SILVA, no início da década de 1980, ao abordar o instituto do solo criado, asseverou que seu conceito e contorno já estavam delimitados pela doutrina, restando apenas ao legislador dar-lhe normatividade jurídico-positiva⁶⁸.

Alguns municípios regularam a matéria mesmo antes do Estatuto da Cidade, que foi promulgado apenas em 2001, após quase 12 anos de tramitação no Congresso Nacional.⁶⁹ Entretanto, cabe ressaltar, até o advento da lei federal, “prevaleceu o entendimento (com respaldo na jurisprudência) de que, por tanger

⁶⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 224/225.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 319.

⁶⁹ Eis um resumo do trâmite legislativo: o Projeto de Lei 181/1989 foi aprovado pelo Senado Federal em 1990 e começou a tramitar na Câmara dos Deputados no mesmo ano, transformando-se no Projeto Lei 5.788/1990. Após diversas alterações, ele foi aprovado em novembro de 2000 pela Câmara. No ano seguinte, foi aprovada pelo Senado e sancionada pelo Presidente da República.

limitações ao direito de propriedade, matéria afeta ao direito civil, a competência legislativa caberia apenas à União”.⁷⁰

Quanto à possibilidade de definição do coeficiente básico de aproveitamento pela União ou apenas pelos Municípios, há questionamentos jurídicos e políticos. Na esfera jurídica, a dúvida paira sobre a competência para definição do limite: se a União o definisse, estaria adentrando em uma questão de interesse local, logo competência legislativa municipal; outro entendimento é de que só se estaria ingressando na esfera de interesse municipal caso fossem definidos os limites máximos de construção. Na esfera política o problema reside no fato de que, transferidos esse poder aos Municípios, corre-se o risco de transformar o instituto ou em instrumento de pressão política pelo poder local ou numa fonte de receitas, desvirtuando o instituto.⁷¹ José Afonso da SILVA defende que um coeficiente único para todo o território nacional evitaria disparidades entre os Municípios, que geram tratamentos desiguais de proprietários de uns para outros.⁷²

Além da questão acerca da competência para regular os limites ao direito de construir, há uma discussão acerca do retorno financeiro ao Município com a utilização do instituto. Uma corrente, denominada *urbanística*, defende que deve ser utilizado como instrumento de controle do uso do solo, desprezando-se os aspectos financeiros. Outra corrente, denominada *financista*, defende que o solo criado pode ser mais uma forma de arrecadação financeira para os cofres municipais.⁷³ Essa discussão será abordada mais profundamente no próximo tópico. Destaca-se, porém, que a utilização do instituto como mera forma de arrecadação financeira muito provavelmente teria como consequência seu desvirtuamento.

É de se destacar, também, que esse direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento constitui um “ativo patrimonial destacado da propriedade

⁷⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230

⁷¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 236

⁷² SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 262. – O autor se insere na primeira corrente e afirma que a utilização do solo criado com fins financistas levaria à sua deformação, provocando a desordem no uso do solo urbano.

do imóvel correspondente” ⁷⁴, o que permite sua alienação pelo Poder Público, pela outorga onerosa, ou pelo particular que tiver seu direito de construir tolhido por outras medidas de condicionamento urbanístico, através da transferência do direito de construir.

O solo criado , portanto, é um bem escasso, de titularidade dos Municípios, comportando o espaço urbano uma quantidade máxima dele. É necessário sua utilização com parcimônia para evitar a construção desordenada, que levaria ao caos e colapso do sistema urbano.

As formas de obtenção do direito de criar solo, seus requisitos e objetivos serão abordados adiante.

3.3 AS FORMAS DE OBTENÇÃO DO DIREITO DE CRIAR SOLO

3.3.1 A outorga onerosa do direito de construir

O aumento da cidade verticalmente resulta em adensamento populacional. Para construir acima do coeficiente único estabelecido no plano diretor deve haver, portanto, uma “indenização” ao Poder Público pelos gastos com os equipamentos urbanos.

A possibilidade de outorga onerosa, conforme disposto no Estatuto da Cidade, depende de dois trabalhos do legislador municipal: o plano diretor ⁷⁵ e lei específica para a instituição do coeficiente único e das formas para se obter a outorga onerosa. ⁷⁶

A onerosidade da outorga só é possível com a delimitação do solo criado, vez que sua previsão depende do entendimento de que o exercício do direito de

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 235.

⁷⁵ Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

⁷⁶ Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

III – a contrapartida do beneficiário.

construir acima de um determinado coeficiente de aproveitamento não é um direito subjetivo do particular.⁷⁷

Quando da edição da Carta de Embu, concluiu-se que essa compensação deveria se dar por doação ao Município de área equivalente à que se queria construir, de modo a equilibrar as áreas públicas e privadas, ou, caso não fosse possível, através do pagamento do equivalente em dinheiro.

Conforme afirmado por Aluísio Pires de OLIVEIRA e Paulo César Pires CARVALHO, a construção acima do limite máximo permitido gera uma sobrecarga urbanística e um ônus ao Poder Público – vez que é necessário fazer com que energia elétrica, saneamento, transporte público e áreas de lazer estejam igualmente disponíveis a todos os cidadãos e que as ruas e calçadas estejam transitáveis – sendo que a forma onerosa de adquirir esse direito de construir é um meio de equilibrar esse ônus com o particular. Seria “a aplicação do princípio da justa distribuição de ônus e encargos, assim como do direito a cidades sustentáveis”.⁷⁸

Mas, de acordo com os autores, não é a realização dessa paridade de ônus entre Poder Público e particular a principal vantagem dessa limitação ao direito de criar solo e sim que

[...] a arrecadação que a Administração terá com a outorga onerosa possibilita a promoção do equilíbrio entre o crescimento e os serviços, aparelhando o Poder Público com meios econômicos de regularização fundiária, saneamento básico, programas habitacionais de direito à moradia. Viabiliza que aqueles efetivamente mais afortunados, se efetuarem o aproveitamento excessivo, sejam proporcionalmente onerados em favor dos menos favorecidos. Esta é a razão de o art. 31 da Lei destinar os recursos à correção das distorções do art. 26.⁷⁹

Isso, portanto, permite que o Poder Público invista nas áreas onde os equipamentos urbanos são mais precários, realizando a regularização fundiária, fazendo com que água encanada, serviço de esgoto e coleta de lixo, por exemplo, estejam disponíveis a um maior número de pessoas – em especial aqueles menos favorecidos e historicamente esquecidos, propiciando o direito a moradia.

⁷⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 234.

⁷⁸ OLIVEIRA, Aluísio Pires de; CARVALHO, Paulo César Pires. **Estatuto da Cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001**. Curitiba: Editora Juruá, 2002. p. 145 e ss.

⁷⁹ OLIVEIRA, Aluísio Pires de; CARVALHO, Paulo César Pires. **Estatuto da Cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001**. Curitiba: Editora Juruá, 2002. p. 147

A lei prevê que os recursos obtidos através desse instituto sejam destinados a: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Tal regulamentação serve para obedecer à proporcionalidade entre solo público e solo privado e possibilitar a ordenação da cidade com a proteção dos interesses da coletividade.

Delimitada a questão de o que é a outorga onerosa, surge a questão acerca de sua natureza jurídica. Teria ela natureza tributária ou de preço público?

Ives Gandra da Silva MARTINS sustenta que a outorga onerosa é uma imposição tributária por exigir uma “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor que nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”⁸⁰ daquele que pretenda construir acima do limite previsto. O autor afirma que a figura da outorga onerosa não encontra respaldo no texto constitucional, quando este trata da propriedade urbana e sua função social, podendo ser instituído apenas no caso de utilização da competência residual de instituição de impostos pela União, através de lei complementar. Sua instituição pelo Estatuto da Cidade estaria eivada de inconstitucionalidade.⁸¹

Porém, o entendimento predominante é de que a outorga onerosa não serve como uma fonte de renda para o Município e sim uma contrapartida do proprietário pela necessidade em se aprimorar a infraestrutura urbana. Assim, Floriano Peixoto

⁸⁰ art. 3º do Código Tributário Nacional

⁸¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Plano da Cidade. Projeto do Município de São Paulo. Outorga Onerosa e Contribuição Ambiental. Natureza Tributária das Imposições. Falta dos Requisitos para Exercício de Competência Residual Delegada. Inconstitucionalidades. Parecer.” In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, vol. 45. Out. 2003. p. 349. – o autor, inclusive, diz que a limitação ao direito de construir pelo Município em um coeficiente básico seria uma “desapropriação indireta, em que o ônus da indenização é, estranhamente, “transferido” de quem deveria suportá-lo para quem deveria dele se beneficiar”, vez que o direito de construir seria retirado do proprietário para ser “revendido” através da outorga onerosa.

de Azevedo MARQUES NETO⁸², Eros Roberto GRAU⁸³ e José Afonso da SILVA⁸⁴ entendem o ônus pago pela outorga como um preço público.

Para MARQUES NETO, inclusive, a venda de potencial construtivo é uma forma de aproveitamento econômico pelo Poder Público que somente poderá ser justificada “com vistas a assegurar o cumprimento de finalidades urbanísticas ou para restituir os investimentos em intervenções que ocasionem o incremento patrimonial aos particulares”.⁸⁵

Entendemos que a outorga onerosa do direito de construir possui natureza jurídica de preço público. É um valor pago por aquele que quer construir acima da “capacidade natural” do solo, agregando valor à sua propriedade, gerando uma maior necessidade de infraestrutura e aparatos públicos. Não há, como afirma Ives Gandra da Silva MARTINS, desapropriação indireta com a instituição de um coeficiente único de aproveitamento, nem natureza tributária ao cobrar daquele que pretende construir acima do limite previsto uma contrapartida pelo adensamento gerado.

Esse entendimento é reforçado pelo próprio texto do Estatuto da Cidade, que trata como ato de improbidade administrativa a aplicação dos recursos obtidos através da outorga onerosa em desacordo com as finalidades previstas.⁸⁶

Conforme apontado por MARQUES NETO:

A onerosidade da outorga onerosa do direito de construir decorre em grande medida da necessidade de se compensar a coletividade pelos ônus decorrentes do adensamento, o que os urbanistas portugueses chamam de perequação, decorrendo também ela da aplicação do princípio da isonomia, plena e ativa, na política urbana. Não é por outro motivo que o art. 52, IV, do Estatuto tipifica como improbidade administrativa a aplicação destes

⁸² MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁸³ GRAU, Eros Roberto. “*Solo Criado*.” In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 51, jul. 2001.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁸⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 428.

⁸⁶ Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

(...)

IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

recursos em desacordo com as finalidades previstas no dispositivo em comento.⁸⁷

Há que se destacar, também, os casos de isenção do pagamento da outorga onerosa, quando o Município entender que é necessário promover o adensamento de determinada área ou quando, por exemplo, houver caráter filantrópico do proprietário do bem ou da finalidade social da construção – como a construção de uma escola ou um hospital por uma entidade sem fins lucrativos.

Entendendo-se a outorga onerosa como um preço público, não uma contrapartida de natureza tributária, assim como sua destinação, a isenção deverá obedecer ao disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal.⁸⁸

Não entendemos, portanto, que a outorga onerosa tenha natureza tributária. Conforme delimitado anteriormente, há um direito subjetivo de construir apenas até o limite determinado pelo legislador. A edificação acima do coeficiente básico de aproveitamento gera um maior ônus social, exigindo maiores contrapartidas da Administração Pública para garantir o aparelhamento urbano para todos os municípios. Assim, constitui um direito patrimonial destacado da propriedade e de titularidade do Poder Público, que deve cobrar pela sua utilização, destinando seus recursos para a melhoria do próprio espaço urbano.

⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 243

⁸⁸ Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

3.3.2 A transferência do direito de construir

Além de possibilitar que se obtenha do Poder Público o direito de construir acima do coeficiente máximo de aproveitamento estabelecido pelo Plano Diretor, o Estatuto da Cidade também permite que o direito de construir seja transferido entre terrenos de um mesmo proprietário ou para um terceiro.⁸⁹

Porém, esse mercado dos direitos de criar solo não é aberto. Não é qualquer pessoa proprietária de qualquer imóvel urbano que pode alienar ou transferir o potencial construtivo de sua propriedade. Primeiramente, deve haver fiscalização do Poder Público em toas essas cessões de direito.

A cessão só poderá ocorrer quando a legislação de zoneamento dispuser que o índice de aproveitamento permitido para a área em que se encontra o imóvel seja menor que o coeficiente único de aproveitamento ou incida sobre ele alguma impossibilidade ou restrição para construir.⁹⁰

Os requisitos para essa transferência ou alienação são: Lei Municipal baseada no plano diretor, que preveja o direito de construir a ser transferido ou alienado, que considere que o imóvel é relevante para implantação de equipamentos urbanos, preservação ou regularização fundiária ou então que o proprietário tenha doado seu imóvel para tais fins. Ela é utilizada também para preservação de patrimônio histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.⁹¹

Para que o particular possa utilizar do instituto, é preciso que ele doe ou afete determinado imóvel urbano a uma das finalidades públicas previstas nos incisos do artigo 35 (implantação de equipamentos urbanos ou comunitários,

⁸⁹ Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social;

§1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do *caput*.

§2º A lei municipal referida no *caput* estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. “Solo Criado.” In: **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, vol. 51, jul. 2001. p. 33.

⁹¹ OLIVEIRA, Aluísio Pires de; CARVALHO, Paulo César Pires. **Estatuto da Cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001**. Curitiba: Editora Juruá, 2002. p. 154/155.

preservação de patrimônio histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social); que essa vinculação impeça – ao menos parcialmente – a edificação segundo os índices e potenciais previstos no plano diretor; que ele obtenha autorização para o exercício do direito de construir correspondente em outro local ou sua alienação, como forma de reparação ou compensação, através de lei municipal; e, por óbvio, um plano diretor, vez que este irá determinar os limites ao direito de construir.⁹²

José Afonso da SILVA aponta que quando o proprietário exerce em outro lugar o seu direito de construir que foi restringido, há uma *transferência interlocativa*, transferência de um lugar para outro. Quando ele aliena seu direito de construir a um terceiro, trata-se de *transferência intersubjetiva*, pois é a transferência do direito de um sujeito a outro.⁹³ Em qualquer dos casos ela só é possível nos parâmetros estabelecidos no estatuto da cidade, conforme apontado no parágrafo anterior.

Ou seja, não é permitido ao particular que aliene esse direito para obter lucros. A transferência do direito de construir é permitida apenas com um viés compensatório por uma restrição ao direito de construir maior do que o existente para os demais proprietários.

Sobre a utilidade do instituto, escreveram Yara Darcy Police MONTEIRO e Egle Monteiro da SILVEIRA:

Resta claro, portanto, que a transferência do direito de construir constitui instrumento jurídico de natureza urbanística, destinado a compensar o proprietário de imóvel afetado ao cumprimento de uma função de interesse público ou social, dele desincorporado o direito de construir, segundo o coeficiente de aproveitamento previsto no plano diretor, para ser exercido em outro local ou alienado a terceiros.⁹⁴

Portanto, a transferência do direito de construir visa corrigir distorções urbanísticas, através da regularização fundiária, e manter a memória urbana e o

⁹² MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. “*Transferência do Direito de Construir*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 291/292.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 266.

⁹⁴ MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. “*Transferência do Direito de Construir*.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 297

equilíbrio ambiental, também podendo ser utilizado como incentivo ao adensamento de áreas urbanizáveis e de expansão urbana.⁹⁵

José Afonso da SILVA aponta como exemplo da importância do instituto o caso de um terreno de propriedade privada ocupado por uma favela, em que há interesse do Poder Público de se proceder a regularização fundiária. Para evitar inconvenientes que podem ser causados pelo processo de desapropriação e que o proprietário ingresse nas vias judiciais para obter a desocupação do imóvel, pode ser dado ao proprietário a faculdade de exercer o direito que teria de edificar nessa área em outra que porventura tenha ou então aliená-lo a terceiros.⁹⁶ Assim, o proprietário teria sua “indenização” por perder a área e a regularização dos que ali fixaram sua habitação seria feita de modo mais célere.

Quanto às condições relativas à aplicação do instituto, o Estatuto da Cidade prevê que elas serão reguladas por lei municipal específica. Em Curitiba, a lei que dispõe sobre a transferência de potencial construtivo é a 9.803/2000 – é anterior, portanto, ao Estatuto, mas não traz possibilidades de uso diversas.

Em relação aos requisitos formais, determina que a transferência se dará por autorização especial expedida pela Secretaria Municipal de Urbanismo, tanto para a transferência quanto para a utilização do potencial. Quanto a essa última, prevê-se que ela será expedida antes do alvará de construção e especificará exatamente quantos metros quadrados serão transferidos, o coeficiente de aproveitamento, a altura e o uso da edificação.⁹⁷ A transferência também deverá ser averbada no registro de imóveis, tanto na matrícula do que cede quanto na do que recebe o potencial.⁹⁸

⁹⁵ MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. “Transferência do Direito de Construir.” In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 292.

⁹⁶ SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 267.

⁹⁷ Art. 7º- A transferência do potencial construtivo será efetuada mediante autorização especial a ser expedida pela Secretaria Municipal de Urbanismo – SMU, ouvidos os órgãos competentes, através de:

I – expedição de certidão, onde a transferência é garantida ao proprietário, obedecidas as condições dessa lei e dos demais diplomas legais;

II – expedição de autorização especial para a utilização de potencial transferido, previamente à emissão de alvará de construção, especificando a quantidade de metros quadrados passíveis de transferência, o coeficiente de aproveitamento, a altura e uso da edificação, atendidas as exigências desta lei e dos demais diplomas legais.

⁹⁸ Art. 8º A transferência do potencial construtivo será averbada no registro imobiliário competente, à margem da matrícula do imóvel que cede e do que recebe o potencial construtivo.

Portanto, é o *solo criado* um bem escasso pelas limitações naturais das cidades e sua instituição está umbilicalmente ligada à distinção entre direito de propriedade e direito de construir – quando este ultrapassa o coeficiente básico de aproveitamento.

A possibilidade da transferência de potencial construtivo autorizada pela legislação federal para os casos de proteção ao patrimônio ambiental, histórico e cultural ou promoção do direito de moradia, através da regularização fundiária e outros investimentos de interesse público, estaria sendo adequadamente usada pelos municípios? Com o intuito de responder esse questionamento, analisaremos a Lei Municipal 13.620/2010 de Curitiba, que instituiu potencial construtivo especial para que um particular arrecade verba para terminar a construção do estádio, com o fim de que este seja uma das sedes da Copa do Mundo FIFA de Futebol de 2014.

4. ANÁLISE DA LEI MUNICIPAL 13.620/2010

Em 2014 o Brasil sediará a Copa do Mundo de Futebol, promovida pela Fédération Internationale de Football Association (FIFA). Curitiba foi escolhida como uma das cidades-sede e, para tanto, precisa de um estádio dentro das especificações da FIFA para que os jogos aconteçam.

O estádio escolhido em Curitiba – dentre os particulares já existentes e a possibilidade de se construir um novo estádio público – foi o Joaquim Américo Guimarães, propriedade do Clube Atlético Paranaense.

Para conclusão da construção do estádio, nas especificações necessárias, estimou-se um custo, com isenções fiscais, de R\$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais). A Diretoria do Clube – que apenas se beneficiará com a construção, vez que permanecerá com o estádio para seu uso e fruição após o evento esportivo – afirmou não ter recursos o suficiente para concluir a obra.⁹⁹ Houve também forte pressão para que não houvesse financiamento público – verbas do Município de Curitiba e do Estado do Paraná – exatamente por se tratar de obra em propriedade privada, que continuará propriedade privada após o aporte de recursos públicos.

Quanto à utilização de verbas públicas para a construção de estádios, desde a candidatura do país para sediar o evento, houve discussão acerca da (im)possibilidade de fazê-lo. Porém, as forças políticas dos beneficiários dessas obras – e aqui não se incluem apenas os Clubes de Futebol, mas, em especial, as construtoras e empreiteiras que serão responsáveis pelas obras e os poderes locais das cidades-sede – atropelaram a discussão. Em virtude disso, houve aprovação de leis e de aporte de recursos em tempo recorde.¹⁰⁰

⁹⁹ RIBEIRO, Gustavo; GABARDO, Sandro. **Sem dinheiro, Petraglia é vago em explicações sobre Arena.** Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/copa2014/arena/conteudo.phtml?tl=1&id=1172337&tit=Sem-dinheiro-Petraglia-e-vago-em-explicacoes-sobre-Arena>>. Acesso em: 01.11.2011.

¹⁰⁰ É de se destacar o regime especial de contratações públicas, instituído pela Lei 12.462/2011, que é uma conversão da Medida Provisória 527/2011. A justificativa desse regime especial é de que, em virtude da falta de tempo para se concluir as obras de infraestrutura necessárias, seria inviável a aplicação da Lei 8.666/1993. A lei também traz outras alterações referentes à organização da Presidência da República e dos Ministérios, criando novos cargos e secretarias. Isso sem falar do Projeto de Lei 2.330/2011, ou Lei Geral da Copa, que, entre outros, cria novos tipos penais com prazo de validade e tribunais de exceção. Análise interessante em relação à Lei Geral ad Copa encontra-se em: GOSDORF, Leandro Franklin. HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **A Lei Geral dos**

Tendo a diretoria do Clube afirmado que poderia arcar com apenas um terço dos custos necessários para a obra e sendo a existência de um estádio dentro das especificações o requisito para que Curitiba conseguisse manter sua condição de cidade-sede, encontraram-se as autoridades em um dilema. A destinação de verba pública para tal obra não parece correto, em especial diante das gritantes desigualdades sociais, que demandam grandes investimentos públicos. Porém, não ter o estádio significa não ter Copa em Curitiba, nem transferência de recursos federais provenientes do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) para Curitiba¹⁰¹ ou recebimento da onda de turistas que virá ao Brasil para acompanhar os jogos.

Com o fito de solucionar o problema, foi sancionada a Lei 13.620/2010 – após algum debate, não aprofundado, com a população, como a audiência pública realizada em 07.10.2010¹⁰² – instituindo potencial construtivo relativo ao Estádio Joaquim Américo Guimarães, cujo beneficiário da concessão dos créditos é o Clube Atlético Paranaense. A finalidade dos recursos daí obtidos é custear dois terços do valor total orçado para as obras necessárias à conclusão do estádio.¹⁰³

Trata-se de obtenção de recursos através do instituto estudado anteriormente, de transferência e potencial construtivo, que, conforme afirmamos, não pode ter como escopo a obtenção de lucro, mas de ressarcimento. Esse potencial construtivo a ser comercializado não surgiu a partir da restrição ao direito de construir nem foi instituído com fins de preservação do patrimônio histórico, cultural ou ambiental, muito menos para regularização fundiária, construção de habitação de interesse social ou investimento de infraestrutura em bairros de população de baixa renda. O potencial construtivo foi criado única e exclusivamente com a finalidade de obtenção de verbas para investimento particular em obra de interesse particular (ou interesses particulares).

Interesses Particulares. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/A-Lei-Geral-dos-interesses-particulares.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2011. Apesar da importância do assunto, ele não será analisado por não se relacionar com o tema central deste trabalho.

¹⁰¹ Os investimentos em Curitiba decorrentes do “PAC da Copa” podem ser visualizados em BRASIL. Ministério das Cidades. **PAC Copa - Curitiba**. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=954:pac-copa-curitiba&catid=68&Itemid=103>. Acesso em: 11 nov. 2011.

¹⁰² CÂMARA MUNICIPAL DE CURITIBA. **Audiência pública discute projetos para a Copa**. Disponível em: <http://www.cmc.pr.gov.br/ass_det.php?not=15926>. Acesso em: 01 nov. 2011.

¹⁰³ Art. 3º O potencial construtivo será calculado no valor de 2/3 (dois terços) do valor total orçado das obras necessárias à conclusão do Estádio, conforme estabelecido no § 1º do artigo anterior, atendidas as especificações da FIFA.

A lei orgânica do Município de Curitiba já regulava, antes mesmo da promulgação do Estatuto da Cidade, a utilização do instituto do solo criado, tanto pela outorga onerosa quanto pela transferência de potencial construtivo. Assim, vejamos o que já disse o legislador municipal.

A Lei 9.803/2000 regula especificamente a transferência de potencial construtivo. O artigo 1º ¹⁰⁴ dessa lei prevê que pode ser transferido o potencial não utilizável de imóveis para proteção de patrimônio histórico, cultural, natural e ambiental. O art. 2º ¹⁰⁵, que a transferência poderá ser autorizada pelo Poder Público Municipal como forma de indenização nas desapropriações destinadas à melhoria dos aparatos públicos, recuperação ambiental ou quando há subutilização do potencial construtivo por limitações urbanísticas.

A legislação municipal também prevê a utilização do instituto da transferência do potencial construtivo como uma das formas de se financiar e propiciar programas habitacionais de interesse social. A título exemplificativo, a utilização do instituto está prevista na Lei 7.420/1990, que institui incentivos para a implantação de programas habitacionais de interesse social e criou a Comissão de Política Habitacional¹⁰⁶; na Lei 9.802/2000, que instituiu incentivos para a implantação de programas habitacionais de interesse social¹⁰⁷ e na Lei 12.816/2009,

¹⁰⁴ Art. 1º - O proprietário de um imóvel impedido de utilizar plenamente o potencial construtivo definido na Lei de Zoneamento e Uso do Solo, por limitações urbanísticas relativas à proteção e preservação do Patrimônio Histórico, Cultural, Natural e Ambiental definidas pelo Poder Público, inclusive tombamento, poderá transferir parcial ou totalmente o potencial não utilizável desse imóvel, mediante prévia autorização do Poder Público Municipal, obedecidas as disposições desta lei.

¹⁰⁵ Art. 2º. A transferência total ou parcial de potencial construtivo também poderá ser autorizada pelo Poder Público Municipal, como forma de indenização, mediante acordo com o proprietário, nas desapropriações destinadas a melhoramentos viários, equipamentos públicos, programas habitacionais de interesse social, programas de recuperação ambiental, e na subutilização de potencial construtivo por limitações urbanísticas, de imóveis situados no Setor Estrutural.

¹⁰⁶ Art. 1º O Município de Curitiba concederá, na forma da presente lei, incentivos para implantarão de programas habitacionais de interesse social.

(...)

Art. 2º O incentivo de que trata o artigo 1º é a concessão de um aumento no potencial construtivo, assim entendido o aumento no coeficiente de aproveitamento máximo e na altura máxima de edificações.

¹⁰⁷ Art. 1º - O Município de Curitiba concederá, na forma da presente lei, incentivos para a implantação de programas habitacionais de interesse social, a proprietários de imóveis localizados no âmbito de seu território.

(...)

Art. 2º - Os incentivos de que trata o art. 1º são:

I - execução de loteamentos de interesse social pela Companhia de Habitação Popular de Curitiba - COHAB-CT em parceria com a iniciativa privada, que consiste em permitir o parcelamento do imóvel em lotes menores que o previsto na Lei de Zoneamento e Uso do Solo;

II - concessão de um aumento no potencial construtivo, assim entendido o aumento no coeficiente de aproveitamento e na altura da edificação.

que dispõe sobre o Programa Municipal de Habitação de Interesse Social (PMHIS) e criou o Fundo Municipal de Habitação de Interesse Social (FMHIS)¹⁰⁸.

Convém também lembrar que, conforme já apontado, a Lei Federal 10.257/2001 permite que venda de potencial construtivo por particulares é possível exatamente para essas hipóteses previstas na legislação municipal.

Não se vislumbra qualquer dessas possibilidades na construção de um estádio de futebol para a realização de um evento – ainda mais por se tratar de propriedade privada que assim se manterá.

Conforme apontado nas considerações anteriores, cada município possui uma capacidade limitada de criar solo. Portanto, esse bem escasso deve ser utilizado de forma a garantir o desenvolvimento e transformação da cidade e a diminuição das desigualdades, mantendo o espaço urbano ordenado e garantindo o acesso aos aparatos públicos a todos, em especial os não proprietários e historicamente marginalizados.

O Estatuto da Cidade prevê que o particular poderá alienar seu direito de construir quando este for limitado pelo Poder Público para questões pontuais de interesse social. Isso se dá exatamente pela estrutura urbana suportar uma quantidade limitada de construção – seja pelas limitações naturais seja pelas limitações de infraestrutura.

A criação de potencial construtivo deve ser vista com parcimônia. Os valores arrecadados com a venda desse potencial, mesmo quando por um particular, devem ser destinados ao bem estar comum. Como visto, é conferido ao particular a possibilidade de alienar o potencial construtivo não utilizado quando este é impedido ou restringido de fazê-lo por uma imposição o Poder Público.

Nenhuma das possibilidades aventadas pela legislação federal e municipal acerca da utilização do instituto da venda do potencial construtivo se enquadra na questão que se analisa.

Não houve qualquer limitação ao direito de construir do Clube além daqueles já existentes no plano diretor do Município e aplicáveis a todos os proprietários, indistintamente. Não se vislumbra nenhuma das possibilidades elencadas no Estatuto da Cidade ou na lei municipal que regula a venda de potencial construtivo,

¹⁰⁸ Art. 10 Constituirão recursos do FMHIS:

(...)

VII - as receitas provenientes da venda ou transferência de potencial construtivo, previstos na Lei Municipal nº 9.802, de 3 de janeiro de 2000;

quais sejam: proteção do patrimônio histórico, cultural, natural, paisagístico, social ou ambiental ou regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda ou habitação de interesse social.

O único interesse político é de que exista um estádio capaz de suportar um jogo da Copa do Mundo de Futebol, atendendo as especificidades da FIFA, para que Curitiba seja uma das cidades-sede e receba as verbas federais decorrentes desse *status*, assim como um aumento no turismo. Seria interessante caso essas verbas federais fossem utilizadas com o escopo de investir nas áreas pouco urbanizadas, mas não é o que acontece. Conforme apontado por Leandro Franklin GOSDORF e Thiago de Azevedo Pinheiro HOSHINO, “não está em jogo o esporte, mas primordialmente o leque de possibilidades econômicas a ele vinculado”.¹⁰⁹

Assim, a solução dada pelo Município de Curitiba nos parece uma deturpação do instituto, para investimentos em um muito questionável “interesse público”. Não parece que o Município, em especial nas regiões mais carentes e com precária urbanificação, sairá beneficiado o suficiente para justificar a utilização de um bem escasso e importante para o controle do desenvolvimento urbano ordenado em benefício de particulares.

Alguns podem argumentar que a lei que instituiu o potencial construtivo relativo ao estádio previu que ao Clube Atlético Paranaense caberá a devida compensação e contrapartidas sociais ao Município de Curitiba.¹¹⁰ A leitura desse dispositivo em conformidade com o exposto anteriormente leva à conclusão de que o Município estaria transferindo um de seus bens especiais – o direito de criar solo – e o valor que receberia pela outorga onerosa juntamente com o “ônus” da compensação urbanística. Porém, não há qualquer especificação de como se dará essa compensação e contrapartidas sociais, quanto mais um prazo para que tal ocorra.

O Clube receberá o aporte de R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais)¹¹¹ provenientes de um bem público especial e escasso, com a condição abstrata de que caberá a ele a compensação e a contrapartida social. Esse valor

¹⁰⁹ GOSDORF, Leandro Franklin. HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **A Lei Geral dos Interesses Particulares**. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/A-Lei-Geral-dos-interesses-particulares.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

¹¹⁰ Art. 7º Caberá ao Clube Atlético Paranaense, beneficiário da concessão dos créditos de potencial construtivo, a devida compensação e contrapartidas sociais ao Município de Curitiba.

¹¹¹ Art. 2º O Programa autoriza a concessão de potencial construtivo de, no máximo, R\$ 90 milhões de reais, referentes ao valor previsto para execução das obras exigidas para adequação do Estádio selecionado para sediar a Copa do Mundo 2014.

deveria ser utilizado pelo Município para a construção de uma cidade sem as desigualdades sociais gritantes que existem atualmente. Não se pode passar a gerência desses valores a um particular, que sequer possui em si uma finalidade filantrópica de interesse social.

5. CONCLUSÕES

Conforme se demonstrou ao longo do presente estudo, a propriedade privada não pode ser mais vista como um direito individual e absoluto, da forma que era compreendida no alvorecer da modernidade. Seu condicionamento pela função social está diretamente conectado ao Estado Democrático de Direito, sendo expressamente previsto no texto constitucional.

Desse modo, toda atividade administrativa, legislativa, judicial e interpretativa deve ter como norte a função social, o que permite a existência, por um lado, de limitações à proteção jurídica da propriedade que a descumpra e, por outro, da previsão de limitações administrativas que atinjam os próprios elementos constitutivos da propriedade (o uso, o gozo e a fruição), de modo a implementá-la.

Conforme já exposto, a função social e as demais restrições e limitações administrativas à propriedade são previstas pelo ordenamento jurídico e justificadas (ao menos teoricamente) como mecanismos para assegurar uma contrapartida social aos não proprietários.

O direito de construir é diretamente conectado ao direito de propriedade e, como este, também não é absoluto. Reconhece-se o direito subjetivo de construir até o limite do coeficiente básico de aproveitamento determinado pelo Poder Público, considerando também as demais limitações de ocupação do solo urbano.

A construção acima desse coeficiente básico de aproveitamento configura o instituto do solo criado e só pode acontecer nos locais em que a lei de zoneamento expressamente permita, com a autorização expressa do Poder Público Municipal.

As formas de obtenção do direito de criar solo, por sua vez, são duas: a outorga onerosa do direito de construir – obtida perante o pagamento de um preço público à Administração, que é detentora desse ativo patrimonial – e a transferência do potencial construtivo (com a devida escrituração pública) por parte de um particular que tenha tido seu direito de construir extinto ou limitado pela própria Administração. Há também os casos de isenção desse pagamento, quando o proprietário for uma entidade de natureza filantrópica ou essa for a finalidade da edificação.

O solo criado, assim como suas formas de obtenção, deve ser utilizado para a ordenação do espaço urbano e para consecução de inclusão social, através da

implementação de equipamentos públicos disponíveis para toda a coletividade –, regularização fundiária e manutenção do patrimônio histórico, cultural e ambiental. Novamente aqui a função social sobressai, uma vez que se busca garantir a todos o acesso aos equipamentos urbanos e aparatos públicos, independente da condição de proprietários ou não.

Dessa forma, contata-se que a criação de potencial construtivo, conforme feito pelo Município de Curitiba através da Lei 13.620/2010, constitui clara utilização deturpada do instituto do solo criado.

Isso porque sendo o direito de construir um bem patrimonial escasso, sua utilização no caso em tela (construção de estádio de futebol) constitui, ao fim e ao cabo, destinação de verbas públicas – que poderiam ser obtidas através da outorga onerosa – para financiamento de uma obra cujo interesse é eminentemente privado.

Esse “financiamento” somente seria aceitável caso a obra privada em questão fosse de interesse social, como, por exemplo, a construção de um hospital filantrópico. A construção de um estádio de futebol para a realização de um evento esportivo que não gerará inclusão social – pelo contrário, a tendência é de que se gere mais exclusão – afasta-se dos fins a que o instituto do solo criado foi pensado, de acordo com a exposição do presente trabalho.

Ressalte-se que nem a alegação de que apenas assim o Município receberia as verbas federais do Programa de Aceleração do Crescimento destinadas às obras de infraestrutura relacionadas à Copa do Mundo de Futebol da FIFA - que em tese poderiam gerar uma melhoria na qualidade de vida da população - justifica a utilização do instituto que foi feita. Conforme colocado anteriormente, os valores recebidos são destinados a áreas já desenvolvidas e habitadas, em grande parte, pela porção da população com melhores condições financeiras.

Assim, a utilização do instituto nesse caso servirá para manter ou até agravar as diferenças sociais existentes entre aqueles que vivem nos bairros bem servidos pelos serviços públicos e a grande parcela da população que sobrevive em situação não regularizada e sem as condições mínimas de saneamento básico e prestação de serviços públicos. O resultado será exatamente o oposto ao esperado quando da sua criação.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; GOSDORF, Leandro Franklin. *“A Função Social da Propriedade Urbana e os Planos Diretores: uma leitura da Região Metropolitana de Curitiba.”* In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; FACHIN, Luiz Edson; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; NALIN, Paulo. (coord.) **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo II: anais do projeto de pesquisa Virada de Copérnico**. Curitiba: Juruá, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *“Novos Aspectos da Função Social da Propriedade.”* In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 84, out/dez 1987.

BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966.

_____. Código Civil, 2002.

_____. Constituição Política do Império do Brasil, 1824.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

_____. Emenda Constitucional nº 1, 1969.

_____. Lei Complementar nº 101, 2000.

_____. Lei nº 10.257, 2001.

_____. Ministério das Cidades. **PAC Copa - Curitiba**. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=954:pac-copa-curitiba&catid=68&Itemid=103>.

CÂMARA MUNICIPAL DE CURITIBA. Lei 7.420, 1990.

_____. Lei 9.802, 2000.

_____. Lei 9.803, 2000.

_____. Lei 12.816, 2009

_____. Lei 13.620, 2010.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade Urbana Obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo.** Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. OLIVEIRA, Fernando Andrade de (Orient.) **O parcelamento e a edificação compulsórios como limitações a propriedade privada urbana imobiliária.** 1991. 221 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

FACHIN, Luiz Edson. *“Homens e Mulheres do Chão Levantados”* In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

FACCHINI NETO, Eugênio. *“A Função Social do Direito Privado.”* In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GOSDORF, Leandro Franklin. HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **A Lei Geral dos Interesses Particulares.** Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/A-Lei-Geral-dos-interesses-particulares.pdf>>.

GRAU, Eros Roberto. *“Solo Criado.”* In: **Revista de Direito Imobiliário.** Vol. 51, jul/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUFT, Rosangela Marina; COLSTALDELLO, Ângela Cássia (Orient.). **Políticas municipais de desenvolvimento urbano: premissas e condições para um planejamento factível.** 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/14427>>.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. “*Outorga Onerosa do Direito de Construir.*” In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “*Plano da Cidade. Projeto do Município de São Paulo. Outorga Onerosa e Contribuição Ambiental. Natureza Tributária das Imposições. Falta dos Requisitos para Exercício de Competência Residual Delegada. Inconstitucionalidades. Parecer.*” In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, vol. 45. Out. 2003.

MONTEIRO, Yara Darcy Police; SILVEIRA, Egle Monteiro da. “*Transferência do Direito de Construir.*” In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. (coord.) **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Aluísio Pires de e CARVALHO, Paulo César Pires. **Estatuto da Cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001.** Curitiba: Editora Juruá, 2002.
Papa João XXIII. **Encíclica *Mater et Magistra.*** Vaticano, 15 de maio de 1961. Disponível em: <www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html>

RIBEIRO, Gustavo; GABARDO, Sandro. **Sem dinheiro, Petraglia é vago em explicações sobre Arena.** Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/copa2014/arena/conteudo.phtml?tl=1&id=1172337&tit=Sem-dinheiro-Petraglia-e-vago-em-explicacoes-sobre-Arena>>.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. “*Dos instrumentos da Política Urbana.*” In: MEDAUAR, Odete; ALMEITA, Fernando Dias Menezes. (coord.) **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Junia Verna Ferreira de. “*Solo Criado: um caminho para minorar os problemas urbanos.*” In: DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (coord.) **Temas de Direito Urbanístico 2.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ANEXO

Lei Municipal 13.620/2010.

LEI Nº 13.620/2010 - "INSTITUI POTENCIAL CONSTRUTIVO RELATIVO AO ESTÁDIO JOAQUIM AMÉRICO GUIMARÃES."

A CÂMARA MUNICIPAL DE CURITIBA, CAPITAL DO ESTADO DO PARANÁ, aprovou e eu, Prefeito Municipal, sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Fica instituído o potencial construtivo especial relativo ao Programa Especial da Copa do Mundo FIFA 2014.

Art. 2º O Programa autoriza a concessão de potencial construtivo de, no máximo, R\$ 90 milhões de reais, referentes ao valor previsto para execução das obras exigidas para adequação do Estádio selecionado para sediar a Copa do Mundo 2014.

§ 1º O valor do potencial construtivo referido no caput deste artigo, será vinculado à variação do CUB - Custo Unitário Básico de Construção.

§ 2º A concessão do potencial construtivo fica condicionada à apresentação e aprovação do Projeto Executivo e o seu respectivo orçamento, acompanhado de estudos e análises de impactos sociais, econômicos e ambientais, conforme prevê o Plano Diretor Municipal.

Art. 3º O potencial construtivo será calculado no valor de 2/3 (dois terços) do valor total orçado das obras necessárias à conclusão do Estádio, conforme estabelecido no § 1º do artigo anterior, atendidas as especificações da FIFA.

Art. 4º O Município de Curitiba está autorizado a conceder o potencial construtivo gradativamente.

§ 1º A concessão estabelecida no caput deste artigo será emitida proporcionalmente, conforme regulamento específico.

§ 2º A cada emissão anual da concessão, o valor do potencial remanescente será corrigido pela variação do CUB.

Art. 5º As transferências do potencial construtivo, serão efetuadas na forma de acréscimo ao potencial construtivo dos lotes, nos parâmetros máximos previstos na Lei Municipal nº 9.803, de 3 de janeiro de 2000.

Art. 6º As condições e critérios para a concessão e transferência de potencial construtivo de que trata esta lei serão regulamentadas pelo Município de Curitiba, através de decreto, conforme estabelece a Lei Federal nº 10.257/2001 e Lei Municipal nº 11.266/2004.

Art. 7º Caberá ao Clube Atlético Paranaense, beneficiário da concessão dos créditos do potencial construtivo, a devida compensação e contrapartidas sociais ao Município de Curitiba.

Art. 8º Para avaliar as questões relativas aos artigos 2º e 4º desta lei, será criada comissão específica, constituída por representantes do Executivo e do Legislativo, designada por decreto.

Art. 9º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO 29 DE MARÇO, em 04 de novembro de 2010.

Luciano Ducci
PREFEITO MUNICIPAL